

Und täglich grüßt... das Kopftuch in der Schule

Gastautor

2015-03-31T09:15:13

Der Erste Senat des BVerfG hat entschieden: Gut vertretbar oder auch rechtlich geboten?

von [JOST-B. SCHROOTEN](#)



Zwölf

Jahre nach der Entscheidung des Zweiten Senats hat der Erste Senat des BVerfG mit jetzt veröffentlichtem [Beschluss](#) vom 27. Januar 2015 wieder über das Kopftuchverbot für Lehrkräfte entschieden. Michael Wrase hat die Entscheidung bereits [auf diesem Blog vorgestellt](#). Dieser Beitrag möchte sich vertiefter mit den dogmatischen Fragen der Abwägung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse, des Neutralitätsgebots und des religionsrechtlichen Gleichheitssatzes auseinandersetzen. Maßstab der Bewertung ist dabei nicht die Vertretbarkeit der Entscheidung. Eine BVerfG-Entscheidung darf nicht nur „vertretbar“ oder „gut vertretbar“ sein – sie muss auch rechtlich geboten sein, um eine ebenso gut vertretbare Lösung des Gesetzgebers zu kippen.

Vorweg gesagt: Die Stärkung der Religionsfreiheit und das Bekenntnis zur weitgehend anerkannten positiven Neutralität des Staates ist meines Erachtens langfristig der klügere Weg. Das Kopftuch zu erlauben ist daher wünschenswert, wie auch andere Kommentatoren (u.a. Heribert Prantl in der [SZ](#)) bereits festgestellt haben. Darüber wird aber zu häufig die Frage vergessen: Ist die Entscheidung auch tatsächlich verfassungsrechtlich geboten?

Erinnern wir uns: Das „Kopftuchverbot“ steht nicht im luftleeren Raum, sondern im Kontext einer vielbeachteten [1. Kopftuch-Entscheidung](#). Damals hat das BVerfG gerade die Landesgesetzgeber zur Entscheidung für oder gegen derartige religiöse Symbole bei Lehrkräften aufgefordert (so in Rn. 62 ausdrücklich: „Dem zuständigen Landesgesetzgeber steht es jedoch frei, die bislang fehlende gesetzliche Grundlage zu schaffen, etwa indem er im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben das zulässige Maß religiöser Bezüge in der Schule neu bestimmt.“). Die 1. Kopftuch-Entscheidung hat damit deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber – hier das Land Nordrhein-Westfalen – entscheiden muss und darf, wann er seine Neutralität durch religiöse Bekundungen seiner Vertreter in der Schule verletzt sieht.

„Judicial self-restraint“ sieht anders aus

Respekt vor dem Gesetzgeber wird nun durch das BVerfG nicht geübt, indem der Erste Senat die Schlagworte „Einschätzungsprärogative“ und „Gestaltungsspielraum“ fallen lässt, bevor er eine weitreichende Abwägung und Bewertung der betroffenen Rechtsgüter (staatliche Neutralität, negative Religionsfreiheit und Elterngrundrechte) selbst vornimmt (Rn. 102 ff.). Diese Rechtsgüter haben – wer wollte das ernsthaft bestreiten – sowohl der Zweite Senat vor 12 Jahren als auch der Gesetzgeber in seinen Beratungen zur Änderung des Schulgesetzes in NRW gesehen und gegeneinander abgewogen. Wenn der Erste Senat jetzt meint, in der Verhältnismäßigkeit diese Rechtsgüter im Rahmen eines multipolaren Grundrechtsverhältnisses anders bewerten zu müssen, nimmt er den Freiraum weg, den der Zweite Senat zuvor dem Gesetzgeber noch eingeräumt hat. „Judicial self-restraint“ sieht anders aus.

Lehrkräfte dürfen, Schüler müssen in die Schule gehen

Unbestritten ist die Religionsfreiheit ein hohes Gut, das Schutz und Stärkung verdient. Aber die entgegenstehenden Rechtsgüter führen in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen nicht unbedingt zu eindeutigen Abwägungsergebnissen (wie die überzeugende abweichende Meinung der Richter Schluckebier und Hermanns zeigt). Hinzu kommt ein Aspekt im Sondervotum, der in der Entscheidung des Zweiten Senats vernachlässigt wird: Lehrkräfte stehen dem Staat nicht nur als individuelle Grundrechtsträger gegenüber, sondern sind als Amtsträger selbst Vertreter des Staates gegenüber Dritten, nämlich Schülern und Eltern. Zwar sind die Zeiten des „besonderen Gewaltverhältnisses“ vorbei. Für die Abwägung in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen kann dieser Aspekt aber nicht vollkommen außer Acht gelassen werden. Die geringer belasteten Schüler *müssen*, die stärker beschränkten Lehrkräfte *dürfen* zur Schule gehen!

Die Definition von „Neutralität“ bleibt Aufgabe des Gesetzgebers

Insbesondere die staatliche Neutralität „schwebt“ regelrecht über den Normen des Grundgesetzes. Die Entscheidung nennt wie üblich als normative Begründung der Neutralität die [Art. 4 I, Art. 3 III 1, Art. 33 III GG](#) sowie [Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 I, IV, Art. 137 I WRV](#). Keine der Normen sieht ausdrücklich eine Pflicht zur Zurückhaltung in religiösen Dingen vor. Die „[Gretchenfrage](#)“ der Neutralität

ist und bleibt im Kern eine politische Frage. Zwar wird eine laizistische Trennung als Gesamtkonzeption der Neutralität angesichts der vielen verfassungsrechtlich verankerten Kooperationsangebote an Religionsgemeinschaften (siehe nur [Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 III 2, Art. 137 III, V, VI, Art. 138, Art. 139 und Art. 141 WRV](#)) zu Recht abgelehnt. Allerdings wird dadurch dem Gesetzgeber nicht verwehrt, in einzelnen Bereichen, wie gerade der Schule, stärker laizistische Elemente aufzunehmen (bspw. auch durch Verzicht auf Religionsunterricht in einigen Ländern). Kann Neutralität nicht abschließend definiert werden, kommt ihr im Zweifelsfall nur eine heuristische Funktion zu. Vielleicht hat sie gerade deshalb keine ausdrückliche Aufnahme in das Grundgesetz gefunden.

Jedenfalls scheint es angesichts dieser Unschärfe gewagt, den Gesetzgeber auf ein Einschreiten nur bei konkreter und nicht auch bei abstrakter Gefährdung seiner Neutralität zu beschränken. [Hans Michael Heinig](#) hat schon darauf hingewiesen, dass dies wohl eher entscheidungstaktischen Gründen geschuldet sein mag: Eine vollständige Abweichung vom Zweiten Senat hätte eine Entscheidung des Plenums zur Folge haben müssen ([§ 16 BVerfGG](#)). Für die Praxis erscheint das Erfordernis einer konkreten Gefahr jedenfalls schon jetzt eher weltfremd. Durch diese Konstruktion wird der „Schwarze Peter“ an Eltern und Schüler weitergereicht. Fühlen sich diese gestört, wird nun wiederum von ihnen verlangt, durch ihren Widerspruch den Schulfrieden zu stören, um die religiöse Bekundung eines Einzelnen zu verhindern.

Wertungsfragen zu beantworten steht zuerst dem Gesetzgeber zu

Gut vertretbar erscheint jedenfalls auch die Ansicht, dass der Staat selbst entscheiden können sollte, ob er sich im Schuldienst gegenüber den Schutzbefohlenen durch Menschen vertreten lassen will, die ihren Glauben in bedingungsloser Weise nach außen zeigen. Es kann wohl kaum eine pauschalisierende Unterstellung darstellen, wenn man dem Kopftuch eine solche religiöse Kompromisslosigkeit zumisst – wie man dies ebenso bei anderen religiösen Bekleidungen tun muss (zu Kippa und Nonnentracht siehe sogleich unten). In dieser Wertung würden jedenfalls auch die legitimen Sorgen derer beachtet, die mit dem Kopftuch eine Art „Gruppenzwang“-Wirkung für gläubige Musliminnen verbunden sehen. Der Gesetzgeber hat diese Befürchtungen vor einem ungewollten „Vorbild-Effekt“ stärker gewichtet als der Erste Senat. Das mag man befürworten oder ablehnen (und dementsprechend z.B. seine Wahlentscheidung treffen). Die Verfassung gibt hierzu gerade keine zwingenden Vorgaben. Der Erste Senat hätte daher – nach dem hier angelegten Maßstab – keine Verletzung der Religionsfreiheit durch die gesetzgeberische Entscheidung annehmen dürfen.

Konsequent: Keine Ungleichbehandlung von Kopftuch, Kippa und Nonnentracht

Die Schlussfolgerungen zum religionsrechtlichen Gleichheitssatz erscheinen mir dagegen im vollen Umfang rechtlich geboten. Nebenbei bemerkt geht das BVerfG hier gar nicht auf [Art. 136 I, II WRV](#) ein, die damit wohl endgültig als überflüssige Relikte des Verweises nach Art. 140 GG zu bewerten sind. Dies verwundert, da die

Entscheidung ansonsten sorgfältig auf alle möglichen Normverletzungen eingeht. So beachtet das BVerfG korrekt die Rechtsprechung des EGMR zu [Art. 9](#) und [Art. 14 EMRK](#) (Rn. 148 ff.), die aufgrund der Lehre vom staatlichen Beurteilungsspielraum gegenüber den Mitgliedstaaten deutlich großzügiger ist als die Rechtsprechung des BVerfG.

Nimmt der Gesetzgeber einmal die Position an, bedingungslose Glaubensbekundungen seiner Lehrkräfte zu untersagen, kann er davon nicht einzelne Glaubensrichtungen ausnehmen. Landesverfassungsrecht bietet hier für eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 III 1 GG kein kollidierendes Verfassungsrecht zur Rechtfertigung (zu Recht wird auch auf [Art. 31 GG](#) verwiesen, Rn. 130). Was für das Kopftuch gilt, muss auch für Kippa und Nonnentracht gelten. Das Bedürfnis für eine Ausnahme hätte dem Gesetzgeber eher ein Warnsignal sein sollen. Auch der Zweite Senat hatte 2003 bereits auf eine Pflicht zur Gleichbehandlung hingewiesen (dort Rn. 71). Die einschränkende Auslegung der Rechtsprechung der Fachgerichte mutet dagegen weitgehend gekünstelt an (vgl. zur Ablehnung durch den Ersten Senat: Rn. 131 ff.).

Der Respekt vor dem Gesetzgeber hätte aber gefordert, die klassische Rechtsfolge des Gleichheitssatzes zur Anwendung zu bringen. Der Auftrag an den Gesetzgeber zur Neuregelung hätte dann heißen müssen: Entweder ein Verbot für alle oder für gar keinen.

